

HART-DWORKIN TARTIŞMASI

Koray Güven*

Özet: John Austin, pozitivist bir bakışla yapılandırdığı teorisinde, kendisine alışlagelmiş bir biçimde itaat edilen ancak kendisi başka hiçbir güce itaat etmeyen egemen gücün emirlerini hukuk olarak tanımlar. Geçtiğimiz yüzyılda yaşayan H.L.A. Hart ise, teorisini Austin’ in hukuki pozitivismi üzerine kurarken, Austin’ in ortaya attığı pek çok kavramı reddeder ve özgün bir pozitivist kuram ortaya çıkarır. Hart, birincil kurallar ve kurallar hakkında kurallar denebilecek ikincil kuralların beraber hukuk sistemini oluşturduğunu söylerken, bu kuralların geçerliliğini, kendi geçerliliği “kabul”üne bağlı olan “tanıma kuralına(*rule of recognition*)” dayandırır. Dworkin, Hart’ in teorisini hedef alarak hukuki pozitivismi yönelttiği eleştirilerinde; pozitivismin, sosyal kurallar ile hukuk kuralları arasına çizdiği keskin sınıra, pozitivistlerin yargıcın takdir yetkisi tanımının eksikliğine ve hukuk kuralı olmadan hukuki bir yükümlülük olamayacağı varsayımına dikkat çeker. Kendi teorisindeki hukuk kavramı içine “*ilkeleri*” de sokan Dworkin, Hart’ın pozitivist teorisinin ilkeleri kapsayacak bir hukuk tanımı ortaya koyamadığını eleştirisinde bulunur. Makalede, Hart, Dworkin, Fuller, Austin ve tartışmanın genel incelemesini yapan Shapiro’ nun eserleri kaynak olarak kullanılacak, bir taraf tutmadan, tartışmanın ana hatları belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Hukuki pozitivism, doğal hukuk, hukuk ve ahlak ilişkisi, HLA Hart, Ronald Dworkin,

* Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Giriş

20. yüzyılın hukuk teorisyenleri arasında özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde önemli bir yeri olan Herbert Lionel Adolphus Hart, teorisini kurarken İngiliz faydacılarından ve özellikle John Austin'den ilham alır. John Austin'ın hukuku ahlak ya da etikten ayıran ve iktidarın buyruklarına bağlayan kuramından büyük ölçüde destek aldığı halde, bu kuramın bazı belli başlı dayanaklarını reddederek “ılımlı pozitivizm(soft pozitivizm)” adını verdiği tarafa daha yakın, özgün bir teori geliştirir. Kaleme aldığı “Hukuk Kavramı(The Concept of Law)” kitabı 1961 yılındaki ilk baskısından bu yana doğal hukuk kuramcıları tarafından farklı yönleriyle ele alınıp eleştirilirken, Hart 20. yüzyılın en önemli birkaç pozitivist hukuk teorisyeninden biri olarak yerini alır.

Dworkin, özellikle “Hakları Ciddiye Almak(Taking Rights Seriously)” kitabındaki “Kurallar Modeli (The Model of Rules)” kısmında genel olarak hukuki pozitivizmi hedef aldığı eleştirilerinde kendisine Hart'ın pozitivist modelini seçer. Bir yandan bu teoriyi çeşitli yönleri ile ele alıp hatalı olduğunu ileri sürerken kendi hukuk modelini de “Yorumlayıcı Model (Interpretive Theory)” adıyla hem burada hem de “Law's Empire(Hukuk İmparatorluğu)” kitabında açıklar. Hart'ın çatıştığı bir başka doğal hukukçu olan Lon Fuller'a göre çok daha kapsamlı ve tutarlı bir teori geliştiren Dworkin hukuk ve ahlak ya da etik ayrımının gerekli olmadığını, hukukun ahlaktan bağımsız düşünülemediğini savunur.

Dworkin'in Hart'a karşı geliştirdiği teorinin ardından iki düşünürün kuramları arasındaki çatışma, Dworkin ve Hart'ın pozitivist hukuku benimsemiş takipçileri arasında devam eder. Hart'ın Dworkin'e yönelttiği en kapsamlı ve açık yanıt ise 1994'te ölümünün ardından bulunup basılan ve “Hukuk Kavramı”na sonsöz olarak eklenen yazısı olur.

A) John Austin ve Buyruk Teorisi

Eserleriyle Anglo-Amerikan hukuk pozitivizmini büyük ölçüde etkileyen John Austin, “Hukuk Biliminin Belirlenmiş Alanı(The Province of Jurisprudence Determined)” eserinde pozitif hukuku benzerliği nedeniyle karıştırılan başka kavramlardan ayırmak için yola çıkar. Austin'e göre doğru anlamıyla her kural bir buyruktur. Buyruk ise, bir şeyi yapmayı veya yapmamayı emreden ve bunu yaparken de bir kötülük ve acı tehdidini öne süren bir dilektir. Buna göre buyruk diğer dileklerden, ifade edilişi bakımından değil, ihlali durumunda bir acı veya kötülüğün bunu izleyeceğini garanti edecek bir güçle ve amaçla ayrılır. Görev ya da ödev ise buyruk kavramına paralel olarak ihlalini bir kötülüğün izleyeceği emre uyma yükümü olarak adlandırılabilir. (Austin, 1832: 5,6,7)

Buradan yola çıkarak hukuk kuralı tanımını geliştiren Austin'e göre kural “üstün olanlar” tarafından dayatılır ve “aşağı olanları” bağlar. Üstün olma, Austin'e göre diğerlerini zorlayarak belirli bir biçimde davranmaya zorlama ve bunu da kötülük ya da acı tehdidiyle yaptırıma bağlama gücüne sahip olma olarak anlaşılmalıdır. (Austin, 1832:18,19)

İktidar, Austin'in ifade ettiği anlamıyla "üstün olan" bir varlığa işaret eder. Ancak bu üstün olma diğerlerinden toplumun büyük bir kısmı tarafından bir çeşit alışkanlıkla itaat edilen varlıktır. Tüm bu tanımlamalardan sonra, Austin'in pozitif hukukla kastettiği hukuk tanımı şöyle özetlenebilir: Hukuk kuralı alışkanlıkla itaat edilen iktidar tarafından verilen buyruklardır. Ancak bu itaat edilen egemen güç diğer hiçbir otoriteye bağılı değildir, bir başka değişle egemen gücün koyduğu kurallar kendisini değıl sadece yönetilenleri bağılar.

Austin'in buyruk teorisinde ahlak kurallarını ve etiğı pozitif hukukun tamamen dışına çıkardığı, ahlak ve hukuk ayrımı yaptığı görülür. Tanrının buyruklarına aykırı olduğu gerekçesiyle veya adil olmadığı ileri sürülerek bir kuralın hukuk kuralı olduğunu inkar etmek anlamsızdır. Pratik gerçeklerle desteklediğı teorisinin hukuk ve etik ayrımı Austin'in çarpıcı ifadelerinde yer bulur: "Fayda getiren ve zararsız ama yasama yetkisine sahip egemen gücün ölüm cezası ile yaptırıma bağıladığı bir eyleme girdiğimde..., eğer bu kuralın fayda prensibiyle ve dolayısıyla tanrının hukukuyla çeliştiğini söyleyerek suçlamaya bağılayıcı veya geçerli olmadığı savıyla karşı çıkarsam; mahkeme itirazımın anlamsızlığını, karşı çıktığım kurala uygun bir biçimde beni asarak gösterir." (Austin, 1832:279)

Austin'in fayda ilkeleri ile tanrının buyruklarını paralel iki düzen olarak açıklaması dikkate değırdir. Bentham'ın faydacılık felsefesinden hukuk teorisini kurarken büyük ölçüde etkilenen Austin'in, faydacı ilkelerle ve buna paralel olarak tanrının buyruklarıyla çelişen hukuk kuralını yine de pozitif hukukun bir parçası sayması herhangi bir etik teorisinin hukuk tanımıyla bağdaşmayacağına olan inancını gösterir. Aynı zamanda fayda ilkelerine dayanan bir etik teori olan faydacı felsefenin etikle kesinlikle çelişen bu tip hukuk kuralları karşısında aldığı tavrın bu kuralların hukuk kuralı niteliğini inkar etmek olmadığı açıktır. Kuralların hukuk kuralı oluşunu reddetmek yerine bu kuralları reddetmenin ve uymamanın faydacı temelde daha kabul edilebilir bir tutum olacağını söylemek yanlış olmaz. Austin'in faydacı felsefeyle yakınlığı göz önüne alındığında kurduğu hukuk teorisinin egemen gücün düzenlediğı hukuk kurallarına uymayı etik temelde savunmaktan çok, hukukun ne olduğuna cevap vermek olduğu söylenebilir. Bu açıdan Austin'in hukuki pozitivizminin sosyal bir teori olmadığı yalnızca hukuku tanımladığı da teorisine yönelik eleştirileri doğru yorumlamak açısından iyi anlaşılmalıdır.

B) HLA Hart

1) İlmli Pozitivist Kuramını Kurarken, Hart'ın Buyruk Teorisine İtirazı

Hart, pozitivizm temellerinde teorisini kurarken, John Austin'in hukuk tanımından büyük ölçüde etkilenirken, Austin'in tanımladığı birçok kavramı yeniden inşa etmiş bir kısmını da reddederek 20. Yüzyıl felsefesinde dikkat çeken ve özgün bir hukuk modeli oluşturmuştur. Hart'ın, Austin'in hukuk modelinin belkemiğini oluşturan buyruk teorisini reddettiğı görülür. Hart'a göre, egemen gücün zorlayıcı kurallarının hukuku oluşturduğu düşüncesi bir hukuk sisteminin bazı temel yönlerini açıklamakta yetersizdir. Hart'a göre öncelikle, hukuk kuralları yönetilenlerle beraber, kuralları koyanlara da uygulanır. İkinci olarak, Austin'in hukuku salt buyruklara dayandıran kuramı, yargıya veya yasamaya yetki veren

veya yasal ilişkiler yaratan hukuk kurallarını kapsayamayacak kadar dardır. Üçüncü olarak, bu teori, diğer kurallardan çıkış kaynakları bakımından ayrılan bazı hukuk kurallarını açıklayamamaktadır çünkü söz konusu kurallar açıkça belirlenmiş yasal süreçlerle veya buna benzer herhangi bir yolla ortaya çıkmamaktadır. Son olarak, Hart’a göre yerleşmiş bir alışkanlıkla itaat edilen ancak her türlü yasal sınırlamadan bağımsık olan bir egemen güç tarifi de yetersizdir. Zira modern bir hukuk sisteminin daimi yasama otoritesini açıklayamamaktadır ve egemen güç yalnızca modern devletteki yasama organı olarak da anlaşılamaz. (Hart, 1961:77)

Hart’ın buyruk teorisini eleştirisinde yükümlülük kavramını açıklamakla başlar. Hart’ın silahlı soyguncu örneğine, Austin’in zorlayıcı emirlerin yükümlülükleri oluşturduğuna dair teorisini uygular. Buna göre, silahlı soyguncunun verdiği emirler Austin’in hukuk kuralı tanımına uymaktadır. Oysa Hart’a göre hukuk kuralı ile silahlı soyguncunun buyrukları birbirinden ayrılmalıdır. Soyguncunun verdiği emir emrin yöneldiği kişi için bir tehdit içerdiği için kişi parasını vermek “zorundadır(tobe obliged to)”. Oysa hukuk kuralında kişi kuralın tarifine uymakla “yükümlüdür(to have an obligation to)”. Zorunluluk psikolojik nedenlere ve inançlara dayanırken yükümlülük için bu unsurlar yeterli değildir. Ayrıca yükümlülük için ihlal durumunda bir kötülük veya acı tehdidinin varlığına da gerek yoktur. Yaptırımın, davranışı izleyeceğine dair hiçbir mantıklı gerekçe olmasa bile yükümlülüğten bahsedilebilir. (Hart, 1961:80,81)

Hart’ın zorunluluk ve yükümlülük ayrımının iyi anlaşılabilmesi için “içsel bakış açısı(internal point of view)” kavramı önemli bir yer tutar. Buna göre, hukuk kavramının tanımı yapılırken dışsal ve içsel bakış açısı tanımın doğruluğu önem taşır. İçsel bakış açısı hukuk sisteminin düzenlediği toplumda yaşayan, söz konusu kuralların yöneldiği kişiler için söz konusudur. Bu kimseler kendilerine uygulanan hukuka içsel bakış açısıyla bakarlar. Oysa dışsal bakış açısı, hukuk sistemini dışarıdan gözlemleyen ve buna dayanarak tanım vermeye çalışan gözlemcinin bakış açısıdır. Hart, kitabında ve özellikle Dworkin’e yanıt verdiği sonsözünde açıkça belirttiği gibi, tanımını kurarken dışsal bakış açısını tamamen reddeder. Ancak içsel bakış açısına dayanırken de kuralların süjelerinin bakış açısını tamamen benimsemenin bir tanım yapmayı imkânsız kılacağını ifade ederek bunun yerine dışarıdan ancak kendini içsel gözlemcinin yerine koyarak yapılan tanımın doğru olacağını savunur. İçsel bakış açısını kabul eden Hart’a göre, hukuk süjelerinin sadece ahlaki gerekçelerle veya yaptırım tehdidiyle kurallara uyduğu inancı dışsal bakış açısıyla yapılan tanımın getirdiği bir yanlışlıktır. Buna göre hukuk kurallarını kabul etmenin pek çok gerekçesi olabilir.

Böylece Hart, hem Kelsen, Austin gibi düşünürlerin hukuku bir buyruklar ya da gerektiğinde uygulanmak üzere koyulan yaptırımlar bütünü olarak açıklayan teorilerini dışsal bakış açısına dayandıkları için reddederken hem de içsel bakış açısıyla, etik değerlerden başkaca nedenlerin hukuk kurallarını benimseme için söz konusu olabileceğini ortaya koyar. Kurallara uymak, kişinin yakın vadede gerçekleştirecek yaptırımdan çekinmesi yerine uzun vadeli kişisel menfaatlerden de

kaynaklanabilir. Aynı şekilde yargıcın kuralları uygulamasında, etik değerler yerine ahlığını almak istemesi etkili olabilir. (Shapiro, 2006:8)

Hart'ın hukuk tanımında belkemiğini oluşturan içsel bakış açısı, takipçileri için kafa karıştırıcı olabilir. İçsel bakış açısını, dışsal bakış açısından ayırt ederken, birincisinin hukuk kurallarını kabullenmek ve nedenlerini anlamak, ikincisinin ise genel uygulamaya bakarak ihlal durumunda yaptırımın izleyeceğini fark ederek bu yüzden kurallara uymak olduğu Hart'ı anlamak için doğru ancak yine de açıklamaya muhtaç bir ifadedir. Hart'a göre, dışsal bakış açısıyla incelenen trafik lambaları sadece insanların gördüklerinde durdukları bir işarettir. Oysa içsel bakış açısından kırmızı trafik ışığı durmak için bir sinyaldir. (Hart, 1961:87,88) Bir yazara göre bu kabullenme ve benimseme, Hart'ın içsel bakış açısı fikrinin en karmaşık kısmını oluşturur. Buna göre, kabul içsel bakış açısında iki unsura sahip olmalıdır. Birincisi, insanların kurallara uygun davranmaları, ikincisi ise bu kurallara dayanarak eleştirel değerlendirmelerde bulunmalarıdır. Bu eleştirel değerlendirmeler toplumda meşru olarak algılanmalıdır. Yazara göre, bu meşruiyeti kabullenme, kurallara dayanarak eleştiride bulunanların eleştirilmemesi şeklinde de açıklanabilir. (Shapiro, 2006:9)

Hart'a göre Austin'in egemen güç tanımının hiçbir hukuki sınırlamaya tabi olmaması, başka bir deyişle hukuktan bağımsık olması fikri de hatalıdır. Hart'a göre monarşik bir örgütlenmede bile Rex I öldükten sonra oğlu Rex II'nin yönetime geçmesi monarkın da birtakım hukuki düzenlemelere tabi olduğunun göstergesidir. Zira burada söz konusu olan halefiyet de monarkın tabi olduğu hukuktan kaynaklanır. (Hart, 1961:59)

Austin'in ve Kelsen'in buyruk veya yaptırım kavramlarına dayalı kuramlarından çok büyük ölçüde ayrılan Hart'ın sosyal uygulamayla çıkan ve dolayısıyla her zaman olmasa da ele alınan hukuk sistemine göre zaman zaman etikle kesişen yönleri bulunan teorisi kendisinin ifade ettiği gibi ılımlı pozitivist(sof pozitifizm) bir modeldir. Hart'ın kendinden önceki pozitivistlere göre çok daha ağırlıklı bir biçimde olgulara dayanan bir tanım inşa ettiğı anlaşılmaktadır.

2) Birincil-İkincil Kurallar, Tanıma Kuralı ve Ayrılabilirlik Tezi

Hart'ın hukuk tanımında, kuralların ortaya çıkışı konusunda ortaya atılan kavram “sosyal kural(social rule)” kavramıdır. Toplumdaki düzenli davranış kalıbı, ihlali durumunda yaptırıma bağlanıyorsa sosyal kuralın varlığından bahsedilebilir. Sosyal kural kapsamında ilkel toplumda ortaya çıkan ilk kavram “birincil kural(primary rule)” kavramıdır. Birincil kural, bu tip toplumlarda topluluğun kendi davranış standartlarına karşı tutumuna ilişkin tek sosyal kontrol mekanizmasıdır. Birincil kurallar serbestçe hareket etmeyi, şiddeti, hırsızlığı vs. sınırlayıcı hükümler getirir. Ayrıca bu kuralları kabul edenler toplumda kabul etmeyenlere göre çoğunluğu oluşturmalıdır. Zira diğer ihtimalde kuralı reddedenler üzerinde sosyal baskı oluşması imkansız hale gelir. (Hart, 1961:89)

Hart’a göre birincil kurallar kesin olmayan, yavaş gelişip değişen ve yaptırım uygulayan belirli bir otoritenin eksikliği nedeniyle etkisiz kurallardır. Öyle ki, birincil kurallardan oluşan bir düzende yaşan topluluk için bir hukuk sistemine sahip olduğundan bahsetmek dahi doğru olmaz. Bu eksikliklere karşı “ikincil kurallar(secondary rule)” ortaya çıkmıştır. Bu kuralların ortaya çıkışı ile birincil kuralların eksiklikleri giderilmiştir ve giderilen her eksiklik hukuk öncesi sistemden hukuk sistemine geçiş için bir adım olmuştur. (Hart, 1961:91) İkincil kuralların birincil kurallar hakkındaki kurallar olduğu söylemek de yanlış olmaz.

Birincil kuralların eksikliklerini gideren ikincil kurallar Hart’ın hukuki geçerlilik kavramını açıklamak için önemlidir. İkincil kurallar, tüm hukuk sisteminin geçerlilik kaynağı olan “tanıma kuralını(rule of recognition)” içerir. Tanıma kuralı, herhangi bir hukuki düzenlemenin hukuka uygun olup olmadığının, başka bir deyişle geçerliliğinin test edilmesi için nihai bir ölçüttür. Yükümlülük ortaya çıkaran her birincil kuralın geçerliliği tanıma kuralına dayanır. Ancak tanıma kuralının geçerliliği başka herhangi bir norma değil sadece sosyal kabule muhtaçtır. Bir kuralın tanıma kuralına uygunluğu konusunda kuşkuya düşüldüğünde, mahkemelerin hangi yollarda hukuku belirlediğine ve bu belirlemelerdeki genel kabul ile rızaya başvurulmalıdır. (Hart,1961:105) Böylece Hart’ın tanıma kuralının kabulünde mahkemelerin zihniyetinin önemli bir rol oynadığını söylemek doğru bir yorum olacaktır. Hart’ın diğer pozitivistler gibi ayrılabilirlik tezini(separability thesis) savunduğu da söylenebilir. Ancak bunu yaparken, Austin’i eleştirisinde belirttiğimiz gibi kendinden önceki pozitivistlere göre çok daha yoğun bir biçimde olgulara dayanan bir teori kurduğu rahatlıkla söylenebilir. Ahlak, her belirli hukuk düzeninde, hukuktan ayrı bir yere konulmak zorunda değildir. Tanıma kuralı, belirli hukuki sistemlerinde ettiği hukuki geçerlilik testi olarak kabul etmek biçiminde benimsenmişse de bu Hart’ın teorisine istisna oluşturmaz. Bu bakımdan ayrılabilirlik tezi yalnızca hukukun her zaman ahlakla zorunlu olarak örtüşmeyeceği şeklinde Hart’ın teorisinde yer bulur.

Hart bir makalesinde, Austin’in teorisinden ilham alan hukuk ile ahlakın ayrılabilirlik tezini savunurken, bu teze gelen itirazları değerlendirir. Nazi rejimi sonrası Almanya’da hukuk düşünürleri arasında ortaya çıkan bir çeşit doğal hukuk tezini değerlendirir. Özellikle Gustav Radbruch’un öne çıkardığı tez, pozitivistizmin ayrılabilirlik tezini reddederken, insancıl ahlakın en temel ilkelerinin hukukun veya hukuki geçerliliğin bir parçası olduğunu savunur. Bu ilkelerle çelişen hukuk kuralı ise sadece yanlış veya etik değerlere aykırı olarak değerlendirilmemeli, hukuki niteliği de reddedilmelidir. Alman mahkemeleri, savaş sonrasında bu ilkeye dayanarak, Nazi Almanyasında yasalara uygun hareket eden savaş suçluları, ajanlar ve muhbirler cezalandırmışlardır. Hart’a göre, yargılamaları yapan mahkemelerin yürüttüğü mantık, yani kötü kuralların hukuk olmadığı mantığı tamamen farklı bir felsefi tartışmaya yol açmaya gebedir. Faydacı temellerde bu mantığa itiraz eden Hart’a göre Alman mahkemelerin yaptıkları, kurumların etik açıdan eleştirisini sanki tartışılabilir bir felsefi tartışmanın önermeleri gibi sunmak olmuştur. Hart’a göre, ortada tartışmaya değer bir felsefi uyumsuzluk yoktur. Faydacı temelde, pekâlâ kötü, etik olmayan kurallara uyulmamasının daha doğru olduğu savunulabilir. Ancak bu durum, kuralların hukuk kuralı olma niteliğini,

başka bir deyişle hukuki geçerliliğini tartışmaya açmak için neden yaratmaz. (Hart, 1958:621) Hart'ın doğal hukukçu Alman düşünürlerle yönelttiği itirazını, Lon Fuller'in görüşleri için de benzer şekilde okumak mümkündür. Fuller, "hukukun içsel ahlakı(the internal morality of law)" adını verdiği kavramında, hukuk için saydığı genellik, geçmişe etkili olmama gibi sekiz niteliği, idari yönetim ile hukukun üstünlüğü arasındaki farkı belirlemek üzere kullanır. Buna göre, hukukun varlığı ahlaka uygunluktan bağımsız değildir. Kanun koyucunun da iyi hukuk yapmak gibi ahlaki bir görevi vardır. Buna göre, bu sekiz niteliğe uymayan kurallar bütünü, hukuk değil bir idari yönetim yapısı oluşturur. (Fuller 1964 33-44) Hart'ın Fuller'in argümanına vereceği yanıt yine faydacı temeller üzerinde, Nazi sonrası Alman doğal hukukçularına yönelttiği itiraza benzer olacaktır.

C) Dworkin'in İtirazları ve Pozitivistlerden Gelen Yanıtlar

Ronald Dworkin'in "yorumlayıcı model(interpretive model)" adını ilkelerin kurallarla birlikte büyük rol oynadığı modelde, hukuki tanıma etik algıyla yakından ilgilidir. İlkeler, toplumda zamanla gelişen bir çeşit uygunluk algısından kaynaklanırlar. Ancak bu kökenlerinin bir üst kurala(master rule) bağlanabileceği anlamına gelmez. Yargıç, somut olayda kararını verirken, bu ilkeleri birbirlerine göre sahip oldukları ağırlığa ve ilgililiğe göre değerlendirir. Bir üst kural tarafından geçerlilikleri tespit edilmiş standartlar değil çatışan ilkeler söz konusudur. Hukuki ilke tüm kurumsal tarihe en iyi oturan ilke olarak tanımlanmalıdır. İdeal yargıç ise bir çeşit "gizli yapıyı" ışığa çıkararak ilkeleri belirleyen "Herkül"dür. Bir yargıcın tüm kurumsal tarihi, ilkelerin çıktığı sosyal ve politik gizli yapıyı bilmesi imkansız olduğundan, Dworkin'in yargıcı ancak bu efsanevi ideal yargıcı taklit ederek doğru sonuca ulaşmaya çalışacaktır.

Dworkin, "Hakları Ciddiye Almak(Taking Rights Seriously)" kitabında yer alan ve pozitivist hukuku hedef alan "Kurallar Modeli I(The Model of Rules I)" kısmında, pozitivismi eleştirirken somut bir model belirlemek adına Hart'ın teorisini seçer. Dworkin'in anladığı anlamda hukuki pozitivismin üç temel önermesi vardır. İlk önerme olan kaynak(pedigree) tezi, hukuku hukuk olmayandan ayırt etmek için bir üstün kural ve bu üstün kuralın sadece sosyal gerçeklere bakarak koyduğu bir hukuki geçerlilik kriterini kapsar. İkinci önerme, yargıcın somut olayda uygulanacak kuralın fazla belirsiz olması veya hiç hukuk kuralının olmaması durumunda hukuk yaratması yani takdir yetkisi tezidir. Üçüncü ve sonuncu önerme ise yükümlülüklerin sadece hukuk kurallarıyla yaratılabileceğini kabul eden yükümlülük tezidir. (Dworkin, 1967:17)

Dworkin, pozitivismi itirazına kural-ilke ayrımı ile başlar. Kurallar, Dworkin'e göre ya hep ya hiç standartlardır. Başka bir deyişle kesin olarak hükme bağlayıcıdır. Çelişmezler, çeliştikleri durumda bir tanesi geçerliliğini yitirir. İlkeler ise mutlaka kesin olarak sonuca götüren standartlar değil, belli ağırlıkları olan ve somut olayda bu ağırlıklarına göre aralarından seçim yapılarak çözüme ulaşılan standartlardır. Dworkin'e göre, pozitivism, kurallardan oluşan bir hukuk tanımı yapar. Bu yüzden, ağırlıkları değişen ve kesin olmayan ilkeleri açıklayamaz. Pozitivismin hukukun tamamlanmamış olduğu varsayımı da hatalıdır. Dworkin'e göre, takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda, Hart'ın söylediğinin aksine yargıç

hukuk yaratmamakta, ilkeler arasında seçim yapmaktadır. Yargıcın kararında etkili olan etik önermeler her zaman tartışmalı olduğundan, hukuk da böyledir. Dworkin'e göre, hukuki ilkeler politik ilkelerle desteklenir ve zaman içinde hem hukukçular hem de halk arasında gelişen uygunluk algısından güç alan bu ilkeler çabuk değişebilen ve sayısız olasılık sunan niteliktedir. Böylece Dworkin, pozitivizme mal ettiği kaynak tezine de karşı çıkar. Zira, sayısız ve hızlı değişen ilkeleri tek bir üstün kurala bağlamak imkansızdır ve bu ilkeler kaynaklandıkları otoriteden değil bazen sadece yargıcın ahlaki yargılarından kaynaklanırlar. Dworkin'e göre kaynak tezi ve dolayısıyla hukuki pozitivizm işte bu yüzden ilkeleri kapsayamaz. Ayrıca, eğer Hart'ın tanıma kuralı, yürürlükteki tüm ilkeleri kapsayacak şekilde yeniden kurgulanırsa, bu tanım pozitivizmle ilgili "hukuk hukuktur" totolojisinden başka bir şey vaat etmez. (Dworkin, 1967:44)

Dworkin'e pozitivist cepheden gelen yanıtlar bu aşamada dışlayıcı ve kapsayıcı hukuki pozitivizm kategorileri altında incelenebilir. Joseph Raz'ın başını çektiği dışlayıcı pozitivizm, Dworkin'in kaynak tezini benimser. Bu görüşe göre, Dworkin'in iddia ettiğinin aksine, ilkelerin de kaynak ya da kökenleri vardır. Etiği hukuktan tamamen ayıran bu teoriye göre, yargıçlar etik kuralları hukuk kuralı haline getirmezler, takdir yetkisinin kullanıldığı durumda tamamen yeni, etikten bağımsız kurallar yaratılmış olur. (Shapiro, 2007:22) Hart'ın daha yakın olduğu kapsayıcı pozitivizm, çeşitli hukuk düzenlerinde bazı durumlarda hukuk ve etiğin kesişebileceğini kabul eder. Hart, ayrılabilirlik tezini kullanırken, kesin bir ayrımı kabul etmemiş, bunun yerine doğal hukukun öne sürdüğü zorunlu bir çakışmayı reddetmiştir. Tanıma kuralı, geçerlilik kriteri olarak pekâlâ ahlaki standartları benimseyebilir.

Dworkin ise kapsayıcı pozitivizmin çelişkili olduğunu savunur. Pozitivizmde sosyal kurallar genel uzlaşma ile belirlendiğine göre, bu kuralların gerekleri konusunda görüş ayrılığına düşülmesi imkânsız görünmektedir. Oysa, belirsiz somut olaylarda yargıçlar hangi ilkeyi uygulayacakları konusunda birbirlerinde farklı düşünebilirler. Buna göre, kapsayıcı pozitivizm çelişkilidir. Dworkin'in bu düşüncesine yanıt veren Jules Coleman bu karışıklığı aydınlatmak için bir ayrım yapar. "Uygulamayla ilgili görüş ayrılığı" yargıç hangi ilkeyi uygulayacağı konusunda çelişki yaşadığında söz konusu olur. Oysa, "içeriğe ilişkin konular"da Dworkin'in söylediği gibi uzlaşma sağlanmıştır ve asıl bu görüş ayrılığının pozitivizmde yeri yoktur. (Shapiro, 2007:25) Hart, da Coleman'ın argümanını, "Hukuk Kavramı" ölümünden sonra yapılan baskısında yer alan sonsözünde benimsemiş görünmektedir. (Hart. 1994:246,247)

Dworkin'in "Kurallar Modeli I"'deki itirazı pozitivist düşünürler tarafından büyük ölçüde yanıtlanmış gözükmektedir. Ancak, Dworkin'in "Kurallar Modeli II(The Model of Rules II)" ve "Hukukun İmparatorluğu(Law's Empire)" yer alan ve pozitivist düşünürlerin ilgisini diğer tartışmalara göre daha az çektiği görülen diğer itirazları da incelenmeye değerdir. Dworkin, bu itirazlarında hukuki görüş ayrılıkları ile ilgili ikili bir ayrım yapar: hukuki önermelerle ilgili başka bir deyişle hukuki dayanakların oluşup oluşmadığına ilişkin ayrılıklar empirik ayrılıklardır. Buna karşılık, hukuki dayanakların neler olabileceğine, hukukun temelinin ne

olduğuna ilişkin uyumsuzluklar teorik ayrılıklardır. Buna göre, pozitivizm, hukuki temellerin neler olduğuna dair yargıçlar arasında bir görüş birliği olduğunu varsaydığından, ortaya çıktığı kabul edilebilecek ayrılık türü teorik değil empirik olacaktır. Dworkin böylece Coleman'ın kendisine yanıt verirken yaptığı ayrıma benzer bir ayırım yapar. Ancak Coleman'ın yaptığı ayırimda varlığını reddettiği içeriğe ilişkin ayrılıklar veya Dworkin'in yaptığı ayırimda kullandığı ismiyle teorik ayrılıklar burada örneklendirilir. Dworkin'in verdiği örnekte yargıç vermek istemediğini açıkça belirttiği bir kararı yaptığı Anayasal yorumla vermek zorunda olduğunu hisseder. Dworkin, bu karardan yola çıkarak, yargıçların aslında hukuk yaratmadığını öne sürer. Dworkin'e göre, yargıç, bu örnekte, iki ilkeyi kıyaslamış, değerlendirme sonucunda bir tanesini uygulayacağında karar kılmıştır. Bu kararı açıklamanın tek yolu Dworkin'in teorisinden yola çıkmak ve "yapıcı yorumlama(constructive legal interpretation)" yoluyla iki ilkenin karşı karşıya gelişini gözlemlemektir. Böylece, gerçek etik görüş ayrılıklarının hukuki ayrılıkları tetiklediği görülecektir. Hukukun temellerinin ne olduğu konusunda uzlaşmanın varlığını kabul eden pozitivizm ise bu tip örnekleri açıklamak konusunda yetersizdir.

Hart'ın Sonsözünde Verdiği Yanıtlar

Hart'ın 1992'deki ölümün ardından, "Hukuk Kavramı" kitabına sonsöz olarak yazdığı makale, 1994'te yeniden basılan kitapta yer almıştır. Teorisine yöneltilen eleştirilere ve özellikle Dworkin'in itirazlarına yanıt olarak kaleme alınan metnin, yer yer Dworkin'in teorisini eleştirme yoluna gitse de genel olarak, "Hukuk Kavramı" kitabının yayımlanışından bu yana geçen 30 yılda neden olduğu yanlış anlaşımları düzeltmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Hart sonsözünde, Dworkin'in iddia ettiğinin aksine, yorumlayıcı değil fakat tanımlayıcı bir açıklamanın hukuku anlamak için yeterli olacağını belirtir. Dworkin yalnızca yorumlayıcı bir teorinin bazı belirli sorulara yanıt vereceğini iddia ederken, Hart'a göre, tanımlanan şey bir değerlendirme veya yorumlama da olsa tanım yapılmasına engel değildir. Tanımlayan, içsel bakışla bakmasa da kendisini "ierdekinin" yerine koyabilir.

Dworkin'in pozitivizmi hukukçular tarafından tartışmasız olarak kabul edilen bir kurallar bütünü olarak tanımlamasına karşılık, Hart bu tanıımı kesinlikle reddeder. Teorisini ılımlı pozitivizm olarak tanımlayan Hart, tanıma kuralının etik ilkeleri veya temel değerleri kapsamaya uygun olduğunu savunur. Hart'a göre, teorisinde kaynak teorisine gönderme yapan hiçbir kavram yoktur.

Dworkin, kapsayıcı pozitivizmin çelişkili olduğunu iddia ederken etik standartların tartışmaya açık olmasına karşılık, pozitivizmde hukukun kesin olmasının arzulananmasının tutarsızlık olduğunu savunur. Buna göre, etik kuralları kapsayan bir teori kesinliği sağlamakta yetersiz kalacaktır. Pozitivizmin belli başlı amaçlarından biri de yaptırımı haklı kılmak olduğundan, etik teorilerle bulanıklaşan pozitivizm bu hedefine ulaşamayacaktır. Hart, Dworkin'in bu argümanını da tamamen reddeder. Hart'a göre teorisinin en önemli amacı

yaptırımın meşruiyetini savunmak değildir ve Dworkin'in pozitivizme mal ettiği bu gaye kesinlikle fazla abartılmıştır.

Hart, teorisinde ilkelerin varlığına fazla dikkat çekmediğini itiraf ederken, yine de Dworkin'in ilke kural ayrımını mantıklı bulmadığını ifade eder. Kuralların her zaman "ya hep ya hiç" biçiminde olması gerekmez. Somut olayları her durumda kesinlikle çözmedikleri gibi, zaman zaman ilkelerle çatıştıklarında göz ardı edildikleri de olur. Bu bakımdan ilke kural ayrımını bu kadar kesin çizilmesi de hatalıdır.

Hart'ın sonsözünde verdiği yanıtlardan en dikkat çekici olanı ise, Dworkin'in yorumlayıcı modelini değerlendirdiği kısımda ifade bulur. Hart, Dworkin'in ortaya koyduğu modelin uygulanıp uygulanmadığı konusunda şüphelidir. Ancak açıklıkla ifade ettiği gibi, eğer Dworkin'in yorumlayıcı modeli bir hukuk düzeninde uygulanıyor veya uygulanacak ise bu da bir çeşit tanıma kuralı ile olacaktır. (Hart, 1994:267,268)

Değerlendirme

Herbert Hart, 20. yüzyılın en önemli hukuk felsefesi kuramcılarının biri olarak, faydacı İngiliz düşünürlerden, özellikle John Austin'den aldığı pozitivist temellerin üzerine kendisinden önceki pozitivistlerden oldukça farklı, özgün, olgulara dayalı bir teori kurmuştur. Hukuk kurallarının en başta, toplumca genel olarak kabul gören davranış kalıplarından oluştuğunu ifade eden Hart'a göre, ilkel toplumda yükümlülük koyan birincil kuralların eksiklikleri kurallar hakkındaki kurallar olan ikincil kurallarla desteklendikçe tam bir hukuk düzenine geçiş gerçekleştirilmiştir. Bu hukuk düzeninde, tüm kuralların geçerlilik kriterini sağlayan tanıma kuralı teorisinin belkemiğini oluşturur. Başka hiçbir kurala dayanmayan tanıma kuralının geçerliliğinin kaynağı sosyal kabuldür.

Hart'ın tanımlayıcı hukuk modeli ahlakı bütünüyle hukuktan ayırmaz yalnızca zorunlu bir çakışmayı reddeder. Tanıma kuralına ahlaki uygunluk ölçütünü ekleyen hukuk sistemlerinin yanında ahlakı hukuktan tamamen ayıran düzenler de söz konusu olabilir. Bir hukuk düzeninin ahlakı hukuktan ayırması veya adil olmayan, kötü kurallar içermesi bu düzenin hukuk sayılıp sayılmayacağını tartışmamız için zemin oluşturmaz. İtaat edilemeyecek kadar etik dışı kurallar, bunların hukuk kuralı niteliğini inkar etmek için temel sağlamaz, itaat edilemeyecek kadar kötü bir kuralın uyulmamasının daha mantıklı olacağı faydacı temelde savunulabilir bir düşüncedir.

Dworkin, Hart'a itirazlarını temellendirirken, yorumlayıcı hukuk modelini önerir. Bu modelde, kuralların aksine, kesin olmayan, birbirlerine göre değişik ağırlıkları olan ilkeler büyük rol oynar. Hukukçuların ve halkın genel uygunluk algısından ortaya çıkan politik ilkeler, hukuki ilkeleri ortaya çıkarır. Hukuki ilkelerse, pozitivizmin aksine yaratıcı otoritesine veya kaynağına bakılmaksızın, bazen yargıcın içsel etik anlayışıyla mahkeme kararlarına yansır. Böylece, Anglo-Amerikan hukuk düzeni özelinde yorum yapan Dworkin hukukun ahlakla zorunlu bağını ortaya koyar. Daha da ileri giderek bu hukuki teoriyi bir toplumsal teoriye

dönüştürür. Dworkin'e göre kendi modeli temel hakları güvence altına almaya odaklı, hukuki birtakım kabullerin daha kolay terk edilebilmesine imkan veren bir modeldir. Geleneksel pozitivist modeli ise kesinlikçi, ekonomik verimliliği temel amaç sayan bir topluma yönelmekle itham eder. (Dworkin, 1985:185,186,187) Böylece, Dworkin'e göre iki model arasındaki seçim, hukuku iyi anlayabilmek için değil aynı zamanda yaratılması istenen toplum modelinin, toplumda korunması arzulan önceliklerin belirlenmesi açısından da hayati önem taşır. Oysa Hart'ın yalnızca hukuk tanımı yapmayı amaçlayan teorisi toplumun gelişimi için bir projeksiyon yapmadan, olgulara dayalı bir model oluşturur.

Dworkin'in modelinin hukuk modeli olmanın yanı sıra sosyal bir teoride bulunması dolayısıyla, hukuku haklı kılmak gibi bir amaç taşıdığı da görülmektedir. Hart'a getirdiği eleştirilerde, Hart'ın modelini, yaptırımı haklı kılmak için kesinlik kavramını öne almakla itham etmesinden bu anlaşılmaktadır. Dworkin'e göre, kendi modeli bireysel haklara öncelik tanır, yorumsal faaliyetin gelişmesine ve dolayısıyla hukukun bireysel hakları koruyacak şekilde evrilmesine imkan tanır. Hart'ınki ise sadece yaptırımı haklı kılar. Dworkin'in okurundan, ekonomik verimlilik ile bireysel hakların iyi korunduğu bir toplum arasından seçim yapmasını beklediği de söylenebilir. Ekonomik verimliliği amaçlamakla suçladığı pozitivist ve buna kaynaklık eden faydacı düşünceyi eleştirirken, yine ancak faydacı temelde açıklanabilecek argümanlar ileri sürdüğü görülmektedir. Açıkladığı iki toplumsal model arasından bir seçim yapması, bir nihai durum(end-state) hedefinin koyulduğu ve buna ulaşmak diğer faktörlerin birer araç olarak görüldüğü faydacı düşünceyi anımsatmaktadır. Bu bakımdan Dworkin'in fayda fikrine itiraz ettiği ve fayda ya da ekonomik verimlilik yerine bireysel hakların korunmasını tercih ettiği teorisini kurarken yer yer faydacı düşüncenin kodlarıyla konuşması ilginçtir.

Hart'ın sonsözünde verdiği yanıtların en çarpıcısı, Dworkin'in yorumlayıcı teorisinin geleneksel bir tanıma kuralının kapsamında değerlendirilebileceğidir. Dworkin ilkelerin, çok değişken oluşları ve sağladıkları olasılıkların sayısız oluşu nedeniyle bir üstün kurala(master rule) göre geçerliliklerin belirlenemeyeceğini ifade eder. Bu nokta açığa çıktıktan sonra, Hart-Dworkin tartışmasının aslında hala sonuca bağlanmamış birkaç cephesinden en önemlilerinden birinin bir üstün kural koyulup koyulamayacağı problemi olduğu görülür. Hart, Dworkin'in birçok ilkenin bir kökene(pedigree), başka bir deyişle otoriter bir kaynağa dayandığını görmezden geldiğini belirtir. Böylece ilkelerin birçoğunun kolayca bir otoriteye bağlanarak çözümlenebilen hukuk kaynakları mı yoksa Dworkin'in dediği gibi toplumdaki uygunluk algısından kaynaklanan politik ilkelerden gelen, belirli bir kökene bağlanamayan ve bir üstün kuralla geçerlilikleri test edilebilecek nitelikte olmayan standartlar mı olduğu hala yanıt bulmamış bir soru olarak durmaktadır. Eğer birinci ihtimal kabul edilirse, Hart'ın teorisi en azından tartışmanın bu kısmından galip çıkacaktır. Ancak eğer ikincisi kabul edilirse, Hart'ın modeli birbirinden bağımsız, kökensiz ve değişken ilkeleri kapsayan bir tanıma kuralından ibaret kalacaktır ki, yürürlükteki tüm ilkeleri kapsayan bu tanıma kuralından çıkacak hukuk tanımının "hukuk hukuktur" biçiminde bir totoloji olacağı gerçeği, Hart'ın teorisini tehdit eden bir argüman olarak hala ortada durmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap:

Austin, John (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray

Dworkin, Ronald (1978). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press

Fuller, Lon L. (1964). *The Morality of Law. Revised Edition*. New Heaven: Yale University Press

Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: University Press.

Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law Second Edition*. New York: Oxford University Press.

Makale:

Dworkin, Ronald (1985). Law's Ambitions for Itself. *Virginia Law Review* 35, 173-187

Hart, H.L.A. (1958). Positivism and Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71, 593-629

Shapiro, Scott J. (2006). What is the Internal Point of View? *Fordham Law Review* 75

Shapiro, Scott J. (2007). The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. *University of Michigan Public Law Working Paper No. 77*